

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0049/05-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO)
RECORRIDOS - CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0186-01/06
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 05/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0294-12/12

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. O ICMS integra a sua própria base de cálculo. Sua exclusão ocasiona uma redução irregular que contraria a norma tributária vigente. Incluído indevidamente no levantamento mercadorias destinadas à industrialização (óleo diesel), bem como mercadorias não derivadas de petróleo (álcool). Infração parcialmente elidida. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Não acolhida preliminar de decadência. Vencido o voto relator. Decisão por maioria. Recurso de Ofício **NÃO CONHECIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2005 para cobrar ICMS no valor de R\$71.484,01, em decorrência do cometimento de 1 infração, abaixo transcrita:

Infração 01 - procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, mas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Total da infração: R\$71.484,01. Multa de 60%;

Consta como observação a seguinte informação:

"Reteve a menor ICMS-ST no período de JANEIRO/2000 a DEZEMBRO/2000, por erro na determinação da Base de Cálculo, relativo as operações de vendas de combustíveis para comercialização e para consumo (por não inclusão do ICMS próprio na Base de Cálculo do ICMS-ST) com base de Convênio ICMS 03/99 e posteriores alterações."

O contribuinte apresentou Defesa às fls. 187 e 193, alegando nulidade do Auto de Infração, como também contestando o lançamento de ofício, pedindo pela improcedência da infração 1. Por sua vez, o fiscal autuante, apresentou Informação Fiscal às fls. 211 a 213, acatando parte das alegações defensivas, elaborando novo demonstrativo de débito e reduzindo o débito para R\$54.956,27, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

"VOTO

Rejeito os argumentos de nulidade trazidos aos autos, no tocante a mudança do fulcro da autuação e ao cerceamento do direito a ampla defesa, pelas razões a seguir:

Na primeira situação, observo que a exclusão das operações interestaduais de óleo combustível destinado à industrialização que foram incluídas indevidamente na autuação não modifica o fulcro da autuação, ou seja, a infração imputada continua sendo a de retenção a menos do ICMS-ST, em razão de erro na determinação da base de cálculo, relativo às operações de vendas de combustíveis para comercialização e para consumo (não inclusão do ICMS próprio na base de cálculo do ICMS-ST).

Na segunda situação, o autuado foi cientificado a respeito da redução do valor do débito, decorrente de exclusão de parte do valor exigido e, como determina o § 1º do art. 18 do RPAF/99, o prazo é de 10 (dez) dias.

Assim, neste caso, não se trata de juntada de elementos novos com os quais o autuado não tivesse acesso quando da ciência da lavratura do Auto de Infração, não se configurando o alegado cerceamento de defesa.

Art. 18...

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Também, os autuantes identificaram nas planilhas apresentadas os números das notas fiscais emitidas pelo autuado, o mês e ano, o tipo do produto e o nome do adquirente neste Estado, descabendo, desta forma, o argumento defensivo de que a autuação não permite a análise separada entre os produtos que detinham tratamentos tributários diversos.

Negada a solicitação de diligência ou perícia, tendo em vista que na presente ação fiscal o Auto de Infração está descrito de forma clara e precisa e, os demonstrativos e levantamentos trazidos aos autos, pelo autuante e autuado, são suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

No mérito, está sendo exigido ICMS-ST, por retenção a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação às operações interestaduais que destinaram produtos derivados de petróleo (óleo combustível e gasolina) e álcool hidratado etílico para comercialização e para consumo, sem a inclusão do próprio imposto na formação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária.

O autuado alega que na autuação não se permitiu separar os produtos que detinham tratamento diverso, ou seja, aqueles que tiveram como substituto a refinaria. Também, legislação baiana vigente à época, dispunha que a base de cálculo do ICMS-ST referente a diferencial de alíquota devido em função das vendas realizadas para consumidores era formada pelo valor da operação acrescido dos valores de fretes, seguro e outros encargos cobrados do destinatário, existindo, desta forma, disposição legal para amparar a pretensão da fiscalização no tocante a inclusão do próprio imposto em sua base de cálculo, fazendo, inclusive, transcrição de dispositivos dos Convênios ICMS 03/99 e 105/92, bem como do Decreto 1.855/92.

Convênio ICMS nº 03/99

Cláusula quarta Nas operações interestaduais realizadas com mercadorias não destinadas à industrialização ou à comercialização, que não tenham sido submetidas à substituição tributária nas operações anteriores, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.

Inicialmente observo não haver discussão quanto às normas estabelecidas nos dispositivos dos Convênios citados pelo autuado. No entanto, não acolho a alegação defensiva de que o Convênio ICMS nº 03/99, ao definir a base de cálculo do ICMS nas operações internas e interestaduais com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, dispõe que a base de cálculo para as operações interestaduais é o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição pelo destinatário (Cláusula Quarta) e para as operações internas determina a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo (§ 8º da cláusula terceira).

Como bem esclareceu a relatora da 5ª JfF em processo que trata da mesma matéria (ACÓRDÃO JfF Nº 0048-05/05), ao falar sobre o valor da base de cálculo para fins de se determinar o valor do ICMS-ST, passo a transcrever parte do seu voto com o qual comungo na sua inteireza, que diz: “Em primeiro lugar e de fato, a base de cálculo nas operações mercantis é o valor de que decorrer a saída da mercadoria, porém neste valor deve estar incluso “o universo monetário tributado, ainda que incluso a carga fiscal que onere o preço da mercadoria posta à disposição comercial” conforme bem definiu o Ministro José Delgado no Resp nº 86.653/SP citado pela Ministra Eliana Calmon (2ª Turma do STJ) ao prolatar sentença no Recurso Especial nº 222.140 – SP (1999/00596637-4). Portanto, não existe o “conceito de alargamento” nem, tampouco, elementos estranhos à operação. A norma tributária assim estabelece e determina. Em segundo lugar, o texto inserido na norma, qual seja: “o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição pelo destinatário” não que dizer que nele não estejam incluídos todos os elementos determinados na norma legal que compõem a base de cálculo do imposto. Não existe a necessidade de maiores explicações para este entendimento. Em terceiro lugar, o § 8º da cláusula terceira do referido convênio apenas excepciona a regra do preço fixado por autoridade competente (ocasião que deve ser incluído na própria base de cálculo o ICMS não incluso) e não operação com preço de mercado. Assim, este argumento não lhe dar suporte. Em quarto lugar, os convênios em discussão, especialmente o ICMS 03/99, que trata do encerramento da fase de tributação (substituição tributária) nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, somente em caso específicos e que ele indica, determina a exclusão do ICMS da sua própria base de cálculo, objetivando determinar a mesma carga tributária para todas as operações, e este não é o caso da lide. E, por fim, tais convênios, em qualquer momento, vão de encontro à norma que rege o ICMS”.

A Lei Complementar 87/96 no seu § 1º, I do art. 13 define o que seja base de cálculo do ICMS, ao estabelecer o seguinte:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

...

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Neste sentido, a Bahia editou a Lei nº 7.014/96, cuja matéria está regulamentada em seu art. 17, § 1º. Assim, o ICMS é um imposto "por dentro", ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo.

Os autuantes, ao relacionar as mercadorias objeto do presente Auto de Infração, incluíram indevidamente o combustível, óleo diesel, destinado à industrialização, no entanto, quando da informação fiscal, acolheram os argumentos defensivos, elaborando novo demonstrativo de débito e novos levantamentos, haja vista que tal operação encontra-se acobertada pela não incidência do ICMS.

Dos novos levantamentos apresentados, depois de analisados constato que os autuantes incluíram indevidamente a mercadoria "álcool hidratado" que não está contemplada pela não incidência prevista no art. 6º, III, "c", do RICMS/97, uma vez que não se trata de derivados de petróleo. Também verifico a existência de equívoco relativamente a exclusão do produto óleo diesel destinado a industrialização, já que não foram computados nos novos levantamentos elaborados pelos autuantes os valores das operações destinadas à industrialização, nos meses de março e abril de 2000. Assim, corrigidos os equívocos apontados, o valor do débito passa para R\$ 37.677,79, conforme abaixo demonstrado:

Mês/Ano	Valor apontado na autuação	Valor retificado pelos autuantes -	Valor remanescente
02/2000	3.822,14	958,40	0,00
03/2000	819,99	819,99	0,00
04/2000	1.019,67	1019,67	0,00
05/2000	4.742,58	2.793,33	1.181,38
06/2000	2.518,69	1.521,91	0,00
07/2000	2.729,79	1.779,99	118,75
08/2000	5.261,55	3.146,08	33,30
09/2000	6.498,20	5.494,63	4.414,51
10/2000	5.642,59	3.558,94	1.4504,36
11/2000	31.969,43	29.778,60	28.712,72
12/2000	6.459,38	4.047,73	1.813,07
TOTAL	71.484,01	54.956,27	37.677,79

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração."

Na Resolução do Acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela i.JJF, consoante previsão legal vigente à época, ante sucumbência do Estado resultante da Decisão unânime pela procedência parcial do Auto de Infração em valores superiores a R\$ 50.000,00.

Inconformado, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 321 a 335, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, pois "A decisão ora recorrida, data venia, não conferiu a hipótese dos autos o melhor Direito aplicável".

Inicia seu Recurso fazendo uma síntese dos fatos, da Defesa apresentada e do julgamento de primeiro grau. Abre tópico sobre a nulidade do Lançamento e da Decisão recorrida afirmando que, após a apresentação da Defesa, "os próprios fiscais autuantes, (...) reconheceram a indevida inclusão de operações com óleo combustível não destinados à comercialização, o que ocasionou a exclusão dessas operações do lançamento originalmente realizado" e que tal fato "inequivocamente, importou na alteração do critério jurídico da natureza da infração supostamente cometida pelo recorrente, que passou de destinadas à industrialização a revenda". Aponta que o julgamento de piso, além de reconhecer as exclusões das operações com óleo combustível, retirou do Auto de Infração as comercializações com álcool, combustível não derivado e petróleo, sendo tais atos, verdadeiras provas da alteração do "critério jurídico da autuação em tela", e não uma mera exclusão dos valores indevidos, o que inquinaria de nulidade o Auto de Infração e a Decisão recorrida.

Neste ponto, cita e transcreve o art. 129 do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia) para afirmar que o auto é nulo, uma vez que "Se toda a matéria glosada não é somente relativa à diferença de base de cálculo nas vendas a revendedores ou consumidores de Diesel, Gasolina e AEHC, como não é, já que há vendas de óleo combustível a indústrias, a matéria fática e a capitulação legal ficaram prejudicadas, inviabilizando a impugnação, em flagrante violação ao direito de defesa do recorrente".

Arremata sua tese dizendo que houve uma substituição da interpretação da norma aplicável (Convênio ICMS nº 03/99), utilizada pelo agente fiscal, por outra do órgão julgador em primeira instância. Vale-se de lições do prof. Alberto Xavier sobre o princípio da identidade para sustentar o seu raciocínio, aduzindo que houve uma nova motivação legal para infração com a exclusão das referidas glosas pela JJF, acarretando em alteração substancial, inquinado de nulidade a Decisão recorrida.

Após, alega que houve a ocorrência de cerceamento do seu direito de defesa, pois foi concedido apenas o prazo de 10 dias para a apresentação de "contestação" às mencionadas Informações Fiscais, quando, na realidade, o prazo estabelecido na legislação baiana, seria de 30 dias, nos termos do art. 129, §4º, c/c 132 do Código Tributário Estadual, instituído pela lei Estadual nº 3.956/81, o que ensejaria a aplicação do art. 18, II do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, fala que a JJF invocou dispositivos legais e jurisprudência inaplicáveis ao caso, já que, tanto o artigo 13 da LC 87/96, reproduzido pelo art. 17 da Lei 7.014/96, quanto o precedentes do STJ *"não se referem ao ICMS retido nas operações interestaduais sujeitas ao regime de substituição tributária"*. Atesta que o art. 13 se refere a operação própria e o art. 8º da mesma Lei Complementar nº 87/96, o qual transcreve e que trata da base de cálculo do ICMS-ST, não inclui o ICMS próprio na base de cálculo do ICMS-ST. Alega que resta evidente pela simples leitura do dispositivo, que *"além de inexistir norma que determina a inclusão do ICMS próprio na base de cálculo do ICMS-ST, há disposição expressa em sentido diametralmente oposto, qual seja, o de determinar a dedução do ICMS próprio da base de cálculo do imposto retido"*.

Colaciona a Cláusula Quinta do Convênio ICMS 3/99 e aponta que tal dispositivo é claro em trilhar o mesmo entendimento. Fala que *"é flagrantemente ilegal, portanto, o conceito de "valor da operação" pretendido pela r. decisão recorrida, afirmando que segundo a legislação vigente à época dos fatos, era formada "pelo valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro e outros encargos cobrados do destinatário", sem a inclusão do próprio imposto em sua base de cálculo. Nessa senda, transcreve os art. 8º caput e sua cláusula quarta do Convênio 03/99, a cláusula segunda, parágrafo 6º do Convênio ICMS 105/92 e o art. 6º, parágrafo 2º do Decreto Estadual nº 1.855/99. Após, conclui afirmando que "a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo somente se opera quando das operações internas própria, sendo patente que, nas operações interestaduais destinadas a consumidores, exatamente a hipótese dos autos, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, ou seja, o valor da operação efetuada pelo remetente"*.

Em seguida, colaciona consulta ao Fisco Mineiro sobre questão similar aos autos, do próprio recorrente, respondendo que *"nas operações interestaduais com mercadorias não destinadas à industrialização ou à comercialização, cujo destinatário esteja localizado em Minas Gerais, a base de cálculo para a retenção e recolhimento do ICMS devido pelas distribuidoras de combustíveis e lubrificantes, a título de substituição tributária, é o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição pelo destinatário"*, concluindo que o Auto de Infração não merece prosperar pela inexistência de norma expressa que determina a inclusão do ICMS próprio na base de cálculo do ICMS-substituição tributária.

Ao final, pede pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Após os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS para análise.

Ao exarar o Parecer de fls. 338 a 340, o i. procurador Fernando Telles, após uma breve síntese do Recurso interposto, entende que as alegações do Recorrente não merecem acolhimento.

Primeiramente aborda as questões de nulidade da autuação e da decisão colegiada de primeiro grau, referentes ao alegado cerceamento de defesa pela concessão do prazo de 10 dias e alteração do "critério jurídico da autuação".

Em relação a esta alegação de "critério jurídico", entende que não houve nenhuma alteração do "critério jurídico da autuação" com quer crer o Recorrente, pois *"o elemento de fundo da autuação permanece incólume apesar das exclusões verificadas no curso deste processo administrativo fiscal em razão dos produtos: óleo combustível, destinado à industrialização,*

acobertado pela não incidência, documento de fls. 214/273, e álcool hidratado, acórdão de fls. 286/3001". Afirma o n. Procurador que, mesmo com as retificações ocorridas, subsiste ainda em relação aos demais produtos a retenção a menor do ICMS-ST por erro na determinação da base de cálculo, portanto, opina pela rejeição das preliminares desta preliminar de nulidade.

Em relação à nulidade por cerceamento de defesa, frisa que houve a correta observância do prazo concedido, consoante ao disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA. Lembra que não houve alteração do critério jurídico da autuação ou majoração do valor devido, mas tão somente uma diminuição de seu montante, *"com as exclusões acima referidas, em proveito do próprio contribuinte (...) inexistindo nesse particular, razão jurídica para que fosse reconhecida qualquer incorreção ou omissão que pudesse dar azo à reabertura do prazo de defesa"*.

No mérito, afirma que a questão da inclusão do próprio ICMS na base de cálculo do ICMS-ST já está pacificada na jurisprudência do CONSEF, *"dando-se pela legalidade da autuação fiscal quando pautada no art. 13, §1º, I da Lei Complementar nº 87/96, trazido para o ordenamento estadual por força do §1º, I do art. 17 da Lei Estadual nº 7.014/96 e no Convênio ICMS nº 03/99, cláusulas 03, 05 e 06, sendo esta, efetivamente, a hipótese dos presentes autos"*.

Em seguida, quanto ao Recurso de ofício, opina pela *"integração do acórdão vergastado uma vez que as exclusões levadas a efeito pela JJF - relativas aos produtos: óleo combustível destinado à industrialização e álcool hidratado, mostram-se regulares"*.

Ao final, opina pelo improvimento de ambos os Recursos.

Após, em sessão do dia 07 de fevereiro de 2007, os autos foram convertidos em diligência à COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis) para que fossem identificados "os valores praticados na origem e na revenda dos combustíveis". Na ocasião foi requisitado que:

- a) fosse elaborado um demonstrativo que evidenciasse a exclusão, pelo contribuinte do ICMS da base de cálculo do imposto;
- b) fosse acostado ao processo cópia de documentos fiscais e/ou extrafiscais que comprovem a exclusão do ICMS da base de cálculo do imposto.

Em resposta à Diligência solicitada, em 10 de março de 2009, os Auditores Fiscais Andrés M. Estevez Moreira e João Laurentino de Magalhães Filho elaboraram demonstrativo da composição da base de cálculo incorreta (fls 346), juntaram vários extratos do SINTREGRA de algumas notas fiscais de saídas do contribuinte e informaram que a exclusão do ICMS *"pode ser verificada nos espelho de algumas notas fiscais extraídas dos arquivos SINTEGRA do contribuinte, de nºs 29625, 29911, 31918, 37090, 39538, 46513 e 52517 do exercício de 2000 auditado (Docs. 02 a 08 anexados a esta Diligência), onde se observa que os valores do produto do campo 'Val. Prod.' São iguais aos valores do campo 'BC ST', das referidas notas fiscais"*. Em seguida concluem: *"Tal fato indica que nenhum valor foi acrescido ao valor do produto, para efeito de composição da base de cálculo do ICMS-ST."* Expondo os seus juízos de valor, afirma que a base de cálculo correta do ICMS-ST deve incluir o ICMS próprio, como esta registrado na coluna C do Demonstrativo em anexo.

Do resultado da Diligência, o recorrente e os Autuantes foram intimados para se manifestarem.

Em peça juntada às fls. 358 a 363, a empresa autuada repisa o argumento quanto da ausência de previsão legal para a inclusão do ICMS próprio na base de cálculo do ICMS-ST quando da realização de operações interestaduais a consumidores finais. Alega que no corpo do Auto de Infração, a autoridade fiscal indicou como violadas as cláusulas terceira, quinta e sexta d Convênio 03/99. Fala que da rápida leitura desses dispositivos, a inclusão do ICMS própria da base de cálculo do ICMS-ST só é permitida *"quando e tão-somente da realização de operações internas. Neste ponto, reproduz a Cláusula quarta do Convênio ICMS 03/99, a Cláusula segunda do Convênio 105/92 e o art. 6º do Decreto nº 1855/92, como o art. 12 da LC 87/96 para afirmar que a legislação vigente à época determinava que a base de cálculo das operações interestaduais seria o preço de aquisição pelo destinatário final, pelo simples motivo de não haver incidência do ICMS próprio, consoante mandamento constitucional. Atenta para a questão de que as*

mercadorias (combustíveis derivados do petróleo) foram adquiridas por consumidores finais, sediados no Estado da Bahia e, nesta situação, alega que agiu sob o estrito amparo legal ao não contemplar o ICMS próprio na base de cálculo do ICMS/ST. Por fim, renova os pedidos de nulidade e improcedência do lançamento”.

Após o prazo para manifestação dos Autuantes, os autos voltaram à PGE/PROFIS para Parecer conclusivo.

As fls. 368 a 369, a i. procuradora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, após analisar todo o procedimento fiscal e a peça opinativa do Dr. Fernando Telles, acata as conclusões do Parecer anteriormente exarada e opina pelo não provimento do Recurso Voluntário. Ressalta a realização da Diligência pela COPEC que, segundo ela, esclareceu e demonstrou *"que não foi adicionado o valor relativo ao ICMS próprio na composição da base de cálculo da operação objeto da autuação"*.

Quanto às questões de nulidades levantadas e todas as demais questões relativas ao mérito da autuação, a n. Procuradora afirma que o Parecer anterior trata com maestria desses aspectos, ratificando o entendimento da PGE, já esposado nos autos.

Ao final, opina novamente pelo Não Provimento do Recurso interposto.

Em assentada de julgamento do dia 17.12.09, essa 2ª CJF decidiu pela realização de diligência à PGE/PROFIS, para que fosse emitido Parecer sobre a repercussão nas questões discutidas dos autos, diante da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF.

O PAF foi dirigido à PGE/PROFIS que determinou o sobrestamento dos autos (fls. 373) até a manifestação do Ilustre Procurador Chefe da PROFIS no incidente de uniformização de Orientação Jurídica nº PGE 2010391236-0.

Em 03.11.11, o i. Procurador Geral do Estado, o Senhor Rui Moraes Cruz, em sucinta resposta à solicitação anteriormente elaborada (fl. 374), manifesta-se no Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica de título *“PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO”* afirmando que não foi acolhida à proposta de revisão do entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009, devendo os processos sobrestados ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PROFIS.

Ademais, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolheu a sugestão da Procuradora-Chefe em exercício, para que tal Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica retornasse *“à PROFIS para que seja elaborada uma minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, §5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”*.

Após a resposta do Procurador Chefe, foi emitido novo Parecer da PGE/PROFIS (fl. 375 a 376), da lavra da i. Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, fazendo uma breve explanação dos fatos, do Recurso e do cerne da questão. Alega que a legislação baiana, respaldada pela ressalva prevista no início do §4º do art. 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se iniciar o prazo decadencial, cabendo a lei de cada tributo estatuir o prazo para que promova a homologação e, por conseguinte, seja auferida a decadência. Junta lição do prof. Paulo de Barros Carvalho e Jurisprudência do TRF da 4ª Região para embasar sua tese. Ao final fala que como *"a autuação se deu em 26/12/2005, relativamente a fatos geradores Ed 200, não há que se falar em decadência"*.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Trata-se de Recurso Voluntário que tem por objeto o pedido de nulidade e improcedência do Auto de Infração e Recurso de Ofício para análise da redução realizada no julgamento de primeiro grau.

Entretanto, por ser uma questão de ordem pública, faço uma análise sobre a decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo

consta, alguns dos fatos geradores ocorreram no ano 2000 e a autuação foi lançada somente em 26.12.2005, ou seja, cinco anos após os fatos geradores do referido ano.

Por seu turno, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF em outros processos neste CONSEF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Primeiramente ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que **somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária**, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se

tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º do art. 150 do CTN e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, salta aos olhos que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Porém, antes de fechar o raciocínio sobre a SV. 08, é necessário fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, de lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia em vários PAF's deste CONSEF. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas

para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado. Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento, mas não esclarece em nenhum aspecto, o posicionamento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, o Srº Rui Moraes Cruz, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazo estabelecidos entra a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nesse contexto, devo lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho de Fazenda, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. A agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, 5 anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

(...)

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Depois, devemos observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no Recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extramente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de decadência com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os

princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. Desse modo, percebo que a caracterização deve advir da lei, caso a caso.

No caso do ICMS, em regra, a apuração é mensal, com lançamento feito pelo contribuinte e homologação posterior dos cálculos e do pagamento pela autoridade administrativa.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, concluo que as ocorrências datadas antes 26.12.2000 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto alcançada pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN.

Passo a análise dos Recursos em relação aos fatos não abrangidos pela decadência acima reconhecida.

O Recurso Voluntário pede pela nulidade e improcedência do Auto de Infração.

A empresa traz como questões preliminares de nulidade do procedimento fiscal e da decisão recorrida o cerceamento do direito de defesa e a alteração do "critério jurídico da autuação".

No que tange a nulidade por cerceamento de defesa, filio-me ao opinativo da d. PGE/PROFIS e também entendo que não merece guarida as súplicas recursais, haja vista que, fora observado corretamente o quanto disposto nos artigos 129, §4º do COTEB c/c 18, §1º do RPAF/BA. No caso dos autos, o Recorrente foi intimado da mera correção do demonstrativo de débito inicial, resultado da exclusão dos valores indevidos. Em tal situação, o prazo de manifestação previsto é o de 10 (dez) dias.

Impende mencionar que não foram apresentados fatos novos, que ensejariam na reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, mas tão somente foram refeitos os cálculos, excluído os valores indevidamente relacionados nos demonstrativos iniciais do Auto de Infração. Além disso, como bem pontuou a JJF, os demonstrativos colacionados aos autos são extremamente claros e precisos, apresentando os números das notas fiscais emitidas pelo autuado, o mês e ano, o tipo do produto e o nome do adquirente neste Estado, repelindo o argumento defensivo de que a autuação não permitiria a análise separada entre os produtos, com tratamentos tributários diversos.

Quanto à alegação Recursal de que houve alteração do "critério jurídico da autuação" ocorrido com a exclusão das operações interestaduais de óleo combustíveis destinados à industrialização, entendo que tal assertiva não merece prosperar pois, consoante o entendimento do julgamento de base, não houve modificação no cerne da infração que continua sendo a retenção a menos de ICMS-ST, mas tão somente o reconhecimento por parte dos fiscais autuantes e da própria JJF que nem todos os produtos lançados inicialmente poderiam fazer parte da infração imputada. Tal fato faz confundir o Recorrente entre uma inexistente questão de nulidade com a outra relativa ao reconhecimento parcial da improcedência da autuação, questão eminentemente de mérito.

Assim, rejeito, ambas as questões preliminares suscitadas pelo Recorrente e avanço na análise do *meritum causae*.

Em síntese, alega o recorrente que houve equívoco no julgamento de primeira instância, pois, a base de cálculo do ICMS-ST está determinada no art. 8º da LC 87/96, e não no art. 13, como assegurou a JJF. Em que pese a embasada tese do recorrente, a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e deste CONSEF trilha caminho totalmente oposto, com o entendimento de que o valor do próprio ICMS integra a base de cálculo do ICMS-ST. Neste sentido, temos o REsp 226276/SP de relatoria do Ministro João Otávio Noronha, proferido na 2ª Turma do STJ, com a seguinte ementa, transcrita *in litteris*:

Ementa

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. "CÁLCULO POR DENTRO". LEGALIDADE.

- 1. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada no acórdão embargado, mostra-se inequívoco o julgado que rejeita os embargos declaratórios.*
- 2. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido da legalidade do chamado "cálculo por dentro" do ICMS. Precedentes.*
- 3. Não havendo indébito a ser restituído, fica prejudicado o exame de questão concernente ao prazo prescricional para a propositura da respectiva ação.*
- 4. Recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo parcialmente provido. Recurso especial interposto por Metalúrgica Sintermet Ltda. não-conhecido.*
(RECURSO ESPECIAL 1999/0071147-5 Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 17/05/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 20/06/2005 p. 183)

Na mesma esteira, o STF reiterou seu posicionamento sobre o cálculo do ICMS por dentro, consoante seu julgamento no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 510439, a seguir colacionado:

Ementa

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO POR DENTRO. CONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a inclusão do montante do ICMS em sua própria base de cálculo (RE 582.461, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 18.08.2011). Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 510439 AgR / SP - SÃO PAULO / Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 26/06/2012 / Órgão Julgador: Segunda Turma / Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Assim, seguindo o juízo já esposado no voto de primeiro grau, consoante o balizamento disposto no art. 13, §1º, I da LC 87/96 e a jurisprudência majoritária, a base de cálculo do ICMS-ST deve ser integrada pelo próprio imposto, consubstanciando no conhecido "cálculo por dentro" do ICMS.

Nessa esteira, entendo que o Recurso Voluntário não deve ser provido.

Superada a exame do Recurso interposto pela empresa, passo a análise do Recurso de Ofício.

Entendo que o vergastado Recurso de Ofício não poderá ser apreciado por essa e. CJF, consoante o disposto no art. 3º do recente Decreto nº 13.537 de 17 de maio de 2012, que alterou o art. 169 do RPAF, *in verbis*,

"Art. 3º - Não deverá ser apreciado Recurso de ofício de decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes da vigência do Decreto nº 13.537, de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a decisão de primeira instância."

Portanto, como a redução do débito ocorrida na Decisão de piso, não ultrapassou o novo limite estabelecido na legislação (R\$100.000,00), decido pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Ofício devendo ser homologada a Decisão recorrida.

Pelo exposto, reconheço de ofício a decadência dos fatos geradores anteriores a 26.12.2000 e, quantos aos fatos geradores não abrangidos pela referida decadência, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, para manter a Decisão da JF, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe. Por fim, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Ofício diante da nova redação do art. 169 do RPAF/BA.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Com os devidos elogios ao voto do ilustre relator, pelo seu robusto voto, permito-me discordar do mesmo, quanto ao seu entendimento em relação à questão da decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Isso por que quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para

que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

Aquele órgão, após análise jurídica do quanto ao conteúdo e alcance da citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este órgão julgador.

Foi suscitada por essa CJF a questão da decadência do direito do fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo consta nos autos, os fatos geradores ocorreram no ano de 2000, no período de fevereiro a dezembro, e o lançamento encontra-se com data de 26 de dezembro de 2005, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre o teor da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, de conhecimento de todos, a respeito da matéria.

Assim diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Inicialmente, importante observar-se que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária.

Todavia, apenas somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Noto, a partir da análise dos seus fundamentos, que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é esclarecedora e resume e enriquece toda a discussão.

“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de

1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.

(RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)”

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação implicaria um verdadeiro desrespeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, à vista de tais considerações, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei. Nesse ponto, impende fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que ao meu ver não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da decisão vinculante do Tribunal Superior.

Como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, entendo necessário tecer algumas observações em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, de lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia.

Ao meu entendimento, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa discussão. Verifico que a PGE não fundamenta a sua posição

quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem, sem haver o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em função da falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Entendo, ainda, que da resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazo estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia. Daí se depreende a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nesse contexto, devo lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Com a edição da Súmula em debate, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como tem opinado a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, 5 anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquirar qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS. Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício.

Daí, para sabermos qual a regra deva ser usada, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

(...)

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Depois, devemos observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

“EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”.

Desse modo, em reforço a tal argumentação, e consoante pacificada jurisprudência, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, conforme já mencionado, o prazo decadencial conta-se na forma do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE A QUO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN).

(...)

3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o

lançamento poderia ter sido feito (artigo 173, I, do CTN).

4. *Agravo regimental não provido (AgRg no Ag nº. 1.315.679/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgamento ocorrido em 02 de junho de 2011).*

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ICMS. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (RECURSO REPETITIVO - RESP 973.733-SC).

1. *O tributo sujeito a lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, incumbe ao Fisco o poder-dever de efetuar o lançamento de ofício substitutivo, que deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

(...)

3. *Desta sorte, como o lançamento direto (artigo 149, do CTN) poderia ter sido efetivado desde a ocorrência do fato gerador, é do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária que se conta o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese, entre outras, da não ocorrência do pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, independentemente da data extintiva do direito potestativo de o Estado rever e homologar o ato de formalização do crédito tributário efetuado pelo contribuinte (Precedentes da Primeira Seção: AgRg nos EREsp 190287/SP, desta relatoria, publicado no DJ de 02.10.2006; e ERESP 408617/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 06.03.2006).*

(...)

5. *À luz da novel metodologia legal, publicado o julgamento do Recurso Especial nº. 973.733/SC, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).*

6. *Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp. n. 1.074.191/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 2-3-2010, DJe de 16-3-2010).*

Frise-se que não estou aqui negando efeito à Súmula Vinculante do STF, muito ao contrário, pois a sociedade vive ao império da lei, e do princípio da legalidade. Todavia, as decisões acima enunciadas não se reportam à decisão acerca de matéria previdenciária, tal como a que baseou a Súmula Vinculante nº. 08, mas, especificamente, a ICMS.

Observe-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício é regulado, repito, pelo artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do mesmo diploma legal.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, aborda a questão com propriedade:

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, páginas 912 e 913).

Dessa forma, não poderia ser outro o meu entendimento, diante dos argumentos acima expostos.

Logo, da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2001, findando-se em 31 de dezembro de 2005. Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2006.

Assim, claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2006, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Dessa forma, afasto a decadência argüida pelo nobre relator, mantendo a autuação tal como originalmente julgada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência e mérito, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.0049/05-0, lavrado contra **CHEVRON DO BRASIL LTDA. (TEXACO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.677,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência e mérito – Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência e mérito – Recurso Voluntário) – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, José Antonio Marques Ribeiro e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência e mérito – Recurso Voluntário)

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – VOTO VENCEDOR (Preliminar
de decadência e mérito – Recurso Voluntário)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS